

que tiene como principio inspirador original la separación entre ética y política, la obsesión por el poder, la desesperanza de alcanzar una unidad ética (o religiosa). De manera que el estado moderno, tal como es y se concibe a sí mismo, no puede legitimarse en sí mismo: su legitimidad presente —la necesidad moral de obedecerlo— deriva exclusivamente de lo que en él subsiste de autoridad moral precisamente porque no se ha llevado la construcción del estado en sentido moderno a todas sus consecuencias. El estado moderno es un mal menor tolerable. Y sería muy malo recomponerlo en cuanto tal. No hay que agrandarlo ni achicarlo: hay que hacerlo desaparecer. A eso tienden las ideas que García-Huidobro denomina "reconstitución". Yo les doy la bienvenida, a condición de que se reconozca su fondo anarquista y, en definitiva, su imposibilidad práctica inmediata. Hay que empezar por reconstituirlo todo antes que el estado. Hay que reconstituir todo lo que el avance del poder estatal ha ido destruyendo: la familia, la administración de justicia, la moral pública, la educación, la participación política, los ideales de servicio. Pero el rescate de una política no estatista sólo será posible si se regenera el pensamiento clásico, comenzando por reconstruir los conceptos clásicos de la síntesis cristiana sobre la naturaleza, la razón y la política. El libro *Naturaleza y Política* se encamina en esta dirección, como una gota de agua en el actual desierto de la filosofía práctica.

*Cristóbal Orrego*

C. ORREGO SÁNCHEZ, H.L.A. *Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Prólogo de Pedro Serna. EUNSA, Pamplona 1997, 457 pp.

El presente libro tiene por objeto explicar el pensamiento de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) sobre el "positivismo jurídico", entendido como una orientación del pensamiento sobre el Derecho en la que él mismo se consideró inserto, junto a Bentham, Austin, Holmes, Kelsen, Ross y otros autores. Sin embargo, en la primeras páginas encontramos una cierta desilusión a la hora de emprender esta investigación, debido al fracaso sucesivo, según argumenta el autor, de dos hipótesis iniciales. La primera, la de creer que podía obtenerse un gran provecho del equilibrado pensamiento hartiano, pues, como argumenta a lo largo de la obra, resultó que no era posible exponer como

“equilibrio” lo que era equilibrismo de elementos incompatibles. La segunda hipótesis fracasada fue creer en el valor de una crítica puramente interna en este caso (p. 5).

Los cuatro primeros capítulos desarrollan en gran medida esa crítica, estudian con detalle la noción de positivismo jurídico y los argumentos de Hart a su favor. Sin embargo, siempre desembocan en lo mismo: que partiendo de los presupuestos hartianos sus tesis son a veces tautológicas, y, en otras ocasiones, contradicen su pensamiento en otros temas.

Los dos últimos capítulos intentan dar una razón para esa paradoja. Por un lado, el capítulo quinto muestra que en la filosofía hartiana de base se encuentran elementos que tienden a la explicación metafísica clásica, y, en el ámbito jurídico, al iusnaturalismo; sin embargo, Hart no saca las consecuencias de esos elementos. El capítulo sexto sostiene que el “positivismo jurídico”, cualquiera que sea su significado, consiste básicamente en la negación de la tradición de la ley natural que enseñaba algunas doctrinas morales contrarias a las convicciones de Hart -sobre todo en materia de religión y de moralidad sexual.

La conclusión a la que llega Orrego al final del libro es que Hart defendió el positivismo jurídico como una necesidad moral, transformándolo hasta hacerlo casi indiscernible del iusnaturalismo. Sin embargo; ayudó a mantener y agudizó la confusión en el debate, y así consiguió que la denominación “positivismo jurídico” recuperara su prestigio científico y moral tras una crisis política (el nazismo); y que la “tradición del Derecho natural”, defensora en el campo moral de reglas para él oscurantistas y crueles, apareciera simplemente como absurda (p. 400).

De la lectura de este complejo e interesante libro conviene resaltar una idea que puede servir como telón de fondo para su comprensión, a saber, que el problema del pensamiento jurídico hartiano es un problema moral no resuelto, una pugna entre el cognitivismo y el no cognitivismo que hace que se resienta todo el edificio de su pensamiento. En Hart encontramos un conflicto interno debido a la asunción de dos posiciones que llevadas al extremo son absolutamente incompatibles: por una lado, su confianza en la filosofía analítica; y, por otro lado, su defensa a ultranza del positivismo jurídico. En estas líneas no voy a detenerme en la influencia de la filosofía analítica en la obra de Hart, expuesta ampliamente por Orrego (pp. 274-289), sino a mostrar cómo Hart, manteniendo ideas de ambas posturas, no puede llegar sino a contradecirse.

Esta tensión puede observarse en la distinción entre “casos centrales” (claros) y “casos periféricos” (dudosos) de un término, y la tesis que depende de la anterior, sobre la “textura abierta” del lenguaje. La clave estriba en que

Hart, al hablar de casos centrales/casos periféricos tiende a resaltar la analogía entre los casos y el fundamento racional que lleva a extender un mismo término a todos ellos; en cambio, al hablar de la “textura abierta” del lenguaje, tiende a enfatizar que la extensión de un término es fruto de una elección (pp. 297-302).

Así, por un lado, al hablar del Derecho internacional, intenta mostrar analogías que expliquen racionalmente un uso amplio del concepto de Derecho, la extensión analógica de los términos a diversos casos (de este modo, esta extensión tendría su fundamento en las “clases de casos”, sus relaciones reales, etc.). Pero, por otro lado, al hablar del Derecho *in*icuo, defiende un concepto amplio, pero unívoco, de Derecho; es decir, parte de que los términos generales son “clasificaciones”, por lo cual se ha de “elegir” qué casos caen bajo ellos.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un problema en torno a la definición. En este punto, Hart se mueve entre el realismo clásico, cuyo punto de partida es la experiencia de lo real, a partir de la cual se conforma nuestra imagen mental, y el nominalismo, que exige la elección de un término desde el inicio. La tendencia al realismo se ve cuando al explicar el Derecho como fenómeno social complejo, con un caso central y casos periféricos, habla de una realidad, de algo que está ahí (desde este punto de vista, Hart no se contenta con las explicaciones que remiten al uso, sino que adapta las explicaciones y “definiciones” a los fenómenos reales). Por otro lado, la tendencia al nominalismo se observa cuando trata de adoptar un punto de partida sobre el “concepto de Derecho”, a la hora de determinar ese caso central, eligiéndolo *a priori* y de manera unívoca.

Como ha puesto de relieve Orrego, estas posiciones (elucidar-elegir) presentan fines teóricos incompatibles entre sí (pp. 89-113 y 302-308). Cuando se elige un concepto sólo puede explicarse con él aquello que se ha decidido que caiga bajo ese concepto, lo que debemos entender, en este caso, por “Derecho”. De esta forma se delimita el ámbito de la investigación, y las conclusiones, pese a intentar dar una explicación de la realidad, lo único que hacen es mostrar lo que ya se sabía de antemano. Por el contrario, la elucidación de un concepto que pretende explicar lo real, conduce a delimitaciones arrojadas por el mismo conocimiento de la realidad, de modo que el resultado puede dar otra definición real que altere los límites iniciales (p. 107).

La definición pragmática expresa los límites que hemos puesto voluntariamente a un sector de la realidad y, por ello, al definir Hart el Derecho como “Derecho positivo”, se muestra incoherente con su filosofía realista

(la posibilidad de la analogía para hablar del Derecho internacional como auténtico Derecho).

Como señala Orrego, Hart parte de un concepto unívoco de Derecho para defender el carácter jurídico del Derecho inicuo, ya que sólo desde un concepto de Derecho en el que quepa el Derecho inicuo (y, por ello, que no haga referencia a la moral) se hace posible su resistencia (pp. 229-254). Sin embargo, Hart, en este punto, vuelve a caer en contradicciones internas, ya que pese a defender una teoría jurídica que fuese neutral y autónoma desde el punto de vista valorativo, muchos casos de su análisis jurídico hacen referencia a fines morales.

Así, cuando Hart expone su pensamiento sobre el concepto de Derecho, sea que incluya o excluya su finalidad, deberá decir cuál es “el verdadero” concepto de Derecho. Para decir quién se ha equivocado y quién no, es preciso juzgar sobre los verdaderos fines morales del Derecho. Precisamente, es la justificación de las reglas por sus funciones lo que permite distinguir los distintos tipos de reglas; son sus ventajas las que dan origen a una peculiar forma y estructura del Derecho positivo (pp. 149-160). En Hart, esas ventajas y fines que identifica como explicación del Derecho, son fines aceptados como ciertos bienes, y, por ello, es necesario especificarlos si se quiere exponer de modo claro el concepto de Derecho.

Precisamente esto es lo que hace Hart a la hora de hablar de la justicia y del contenido mínimo de Derecho natural. La justicia aparece en una triple dimensión: como aplicación del Derecho, como justicia e injusticia del Derecho mismo y, por último, identificada con la noción de bien común. Desde esta última dimensión, se entiende, a juicio de Hart, que lo que se distribuye con justicia no es un beneficio específico entre una clase de solicitantes, sino la atención y consideración imparcial de peticiones concurrentes de diferentes beneficios; y esto es necesario tenerlo presente a la hora de especificar el Derecho positivo. Por un lado, los principios de justicia natural procesal o formal son necesarios para que pueda hablarse de ordenamiento jurídico, ya que sin estos no podría haber reglas generales y claras (el principio según el cual hay que tratar a los iguales de forma igual y a los desiguales de forma desigual, es un principio básico —no positivo—, sin el cual el edificio del Derecho se derrumbaría). Pero en Hart, la justicia no tiene un contenido meramente formal, sino también material. Cada tipo de fin moral, especifica un tipo de regla jurídica; de este modo es posible distinguir entre una multa y un impuesto, ya que, mientras que el fin de reparar daños especifica un tipo de reglas jurídicas, el fin de contribuir al sostenimiento de la propia sociedad especifica otro (pp. 162-164).

Algo similar sucede cuando Hart hace referencia al contenido mínimo de Derecho natural. Según Hart, hay ciertos criterios objetivos y racionalmente determinados para la evaluación y crítica del Derecho, ciertas verdades obvias sobre el mundo y la naturaleza humana que constituyen razones para que el Derecho tenga ciertas reglas que permiten la convivencia y coordinación entre los hombres. De hecho, sin esos contenidos mínimos (razones) los hombres no tendrían ninguna razón para obedecer voluntariamente ninguna regla. Por ello, la especificidad de reglas que prohíben el homicidio y el robo, instituyen la propiedad, las promesas, ... se explica por referencia a esas razones morales (pp. 164-168).

La consideración de la necesidad de la justicia y del mínimo contenido de Derecho natural, muestra que para comprender la idea de Derecho positivo en general, se necesita acudir a la noción de bien común de la comunidad política. Las reglas particulares, ¿cómo se identifican en cuanto partes de un sistema más amplio de reglas? Hart responde que por medio de reglas de reconocimiento. Pero, cabría seguir preguntando ¿cómo se identifican esas reglas de reconocimiento para un sistema particular? ¿cómo se diferencian las reglas de reconocimiento de un club deportivo o de una mafia, de las de una sociedad? Este problema, como señala Orrego, sólo se resuelve determinando un ámbito común al Derecho en general, aunque cada regla no cubra todo ese ámbito. De este modo, la comprensión del Derecho positivo en general exige referirse al ámbito definido por las intenciones en general de los hombres que crean ese Derecho, entre las cuales, la primera es *conservar* la convivencia dentro de ese ámbito, y las siguientes son diversos modos de *mejorar* la convivencia (pp. 175-179).

El conflicto entre la tendencia al realismo y al nominalismo voluntarista llega a su culminación en el intento de caracterizar la "normatividad" del Derecho destacando que tiene un "aspecto interno", o que puede ser analizado desde una perspectiva "interna" diversa de la mera observación externa—empírica—del funcionamiento de las reglas (pp. 308-343).

La diferencia entre el punto de vista interno y el externo es correlativa a la distinción entre los enunciados internos y los externos. Hart clasifica los primeros en dos categorías, los comprometidos, emitidos por aquellos que aceptan y usan las reglas como pautas de conducta, y los imparciales, utilizados para describir un enunciado comprometido pero sin llegar a aceptarlo. Por otra parte, los enunciados externos describen conductas regulares en términos de hechos empíricamente observables.

Pues bien, como señala Orrego, Hart, al criticar el positivismo clásico de Bentham y Austin, mantiene que es necesario utilizar el punto de vista interno

para poder explicar las reglas sin reducirlas a coacciones o elementos empíricos, ya que la función del lenguaje normativo es la de indicar la presencia de un regla que exige una cierta conducta. Para separar la obligatoriedad de la coacción, Hart vincula aquella con valoraciones sobre la importancia de las reglas; tiene en cuenta no el punto de vista del hombre malo (propio del positivismo clásico) sino el del hombre ordinario, que se mueve según razones para la acción (pp. 321-329).

A su juicio, el lenguaje normativo refleja actitudes de justificación; éstas se apoyan en reglas por las que la conducta está justificada; las reglas existen porque son aceptadas; y la aceptación se basa en razones ulteriores (sobre el bien común). Hart, con el fin de mostrar que el caso central de "Derecho" no puede identificarse con el mandato coactivo, apela al carácter "racional" o "justificado" presente en el Derecho y ausente en el paradigma de la orden coactiva. Sin embargo, toda su argumentación sería circular si su apelación a la racionalidad no tuviera conexión con lo que es "racional por sí mismo"; si sólo significa que "desde el punto de vista de la regla" existe razón y justificación, esto también es verdad "desde el punto de vista de la orden de un asaltante" (p. 327).

Sin embargo, cuando Hart critica la visión del iusnaturalismo, procura demostrar que este punto de vista interno no implica un punto de vista moral. A su juicio, la cooperación o aceptación voluntaria de las normas no se basa necesariamente en convicciones morales. Los motivos pueden ser de cualquier índole: temor de las consecuencias, inercia, conocimiento de lo que será mejor para cada uno, temor al castigo, deseo de agradar, mero deseo de hacer lo que hacen los demás, cálculos de interés a largo plazo, cálculos prudenciales, desinteresado interés en el bienestar de los demás, razón moral, etc. Como muestra Orrego, Hart, al desligarse del iusnaturalismo, olvida que estaba intentando establecer un "caso central" y se limita a enumerar razones que son aplicables tanto al Derecho como a bandas de ladrones; y da como fundamento último de la obligatoriedad tanto lo que es racional como lo que no lo es (pp. 322-336).

De este modo, sólo logra excluir el elemento coactivo del lugar central mostrando cómo operan las reglas en cuanto pautas racionales, justificadas, legítimas, en la mayoría de los casos; pero luego rehusa concebir la racionalidad en sí misma y la justificación —lo que es justo en sentido absoluto— como los casos centrales del fenómeno normativo y del Derecho.

Por ello, como concluye Orrego, al defender Hart su versión del positivismo se ve inclinado a olvidar que estaba buscando un "caso central", y a afirmar cosas contradictorias o argumentar circularmente: que el carácter

“racional” o “justificadorio” del Derecho explica su diferencia con órdenes de un asaltante, su ser una regla, pero que “justificado” y “obligatorio”, “razón para la acción”, sólo significa que el caso cae bajo la regla; etc. (p. 342).

El problema de fondo para entender estas contradicciones en el pensamiento hartiano es, a juicio de Orrego, un problema moral. Hart se mueve, por un lado, en la línea de una tradición que niega la objetividad moral, defendiendo una posición no cognitivista en estas materias. Esto le lleva a no apoyar en ningún caso cualquier argumentación que conduzca a afirmar que el estudio del Derecho debe acudir a la moral para entender su carácter específico. Pero, por otro lado, como hemos visto, muchas de sus argumentaciones tienen un trasfondo realista que ponen en evidencia su positivismo. Por ello, a la hora de dar razones, tanto científicas como morales, a favor del positivismo, las contradicciones que se han ido perfilado vuelven a aparecer de nuevo.

Para Hart, es preciso mantener un concepto amplio de Derecho, en el que quepa el Derecho injusto, ya que, por un lado, el estudio del uso implica el estudio de su abuso, y si, como afirma el iusnaturalismo, la ley injusta no es ley, el abuso quedará fuera del ámbito científico. De ahí que Hart se decante por un concepto amplio de Derecho, en el que quepan todas las reglas válidas formalmente. Por otro lado, únicamente desde esta posición sería posible resistirlo. Por el contrario, el iusnaturalismo, tiende a resistir la iniquidad de una manera menor.

A juicio de Orrego, esta defensa del positivismo deja muchos interrogantes sin contestar. En primer lugar, si el estudio del Derecho debe tomar conciencia no sólo del uso sino también del abuso, será preciso establecer de modo científico cuáles son las reglas injustas, cómo y cuándo se producen. Pero, desde el punto de vista del uso lo único que tenemos es uso. Para llegar al abuso es preciso tener unos criterios de lo justo y de lo injusto. El problema de fondo, por ello, está en admitir la valoración moral como actividad científica y pública legítima o, por el contrario, excluirla del ámbito del conocimiento científico (pp. 196-200).

Algo similar sucede en la defensa moral que Hart hace del positivismo, al mantener que éste permite resistir el Derecho inicuo de un modo mejor que el iusnaturalismo. Pero, ¿es eso cierto? Si seguimos la propuesta que Hart hace a los jueces, a la hora de aplicar el Derecho, éstos deberán reconocer el Derecho inicuo como Derecho válido, y luego decir que no lo aplican porque es demasiado inicuo. Pero esta tesis sí que oculta la realidad, pues lo válido según la regla de reconocimiento es lo aplicado por los jueces; luego, el juez que deja de aplicar una ley, sin decir que es nula, no dice qué es lo que está haciendo (pp. 255-261).

Como hemos dicho, el problema de Hart es, en el fondo un problema moral, al que no acaba nunca de responder. No responde porque admitir el no cognitivismo sería contraproducente moralmente, ya que es consciente de la necesidad de unas razones no positivas que formen parte del contenido del Derecho; pero si admite el cognitivismo esto le llevaría a posiciones análogas a los defensores de la teoría del Derecho natural, algo que no está dispuesto bajo ningún concepto a admitir.

Esta indeterminación entre ambas posturas se pone de relieve si consideramos la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Según Hart, y siguiendo a Austin, hay que diferenciar entre lo que es, y lo que desde muchos puntos de vista debe ser. Sin embargo, esta tesis así formulada es ambigua, ya que toda regla necesariamente es como debe ser desde un punto de vista; y no lo es, necesariamente, desde los puntos de vista diversos. La pregunta, por ello, que es preciso responder es ¿cuál es el punto de vista que establece el deber ser? Hart, para eludir la ambigüedad señala que este punto de vista es el de la moral. Esta solución sólo puede ser momentánea ya que nos encontramos con un nuevo problema: la diversidad de puntos de vista morales (pp. 78-84).

Como señala Orrego, la única forma de salir de aquí es asumir una posición respecto a la tesis que Hart considera como independiente: el cognitivismo o no cognitivismo de la moral (pp. 212-213, 248-255, 337-343). Hay que preguntarse cuál es el punto de vista relevante para juzgar si el Derecho es o no es como debe ser; pero, esta pregunta ya no es descriptiva sino normativa (¿qué finalidad debemos considerar?). Si se admite la tesis de la separación y la del no cognitivismo, nos mantenemos en la ambigüedad, ya que la separación tenía sentido para señalar el ámbito desde el cual juzgar el Derecho (la defensa del no cognitivismo nos lleva a admitir que quizá Hitler no estaba del todo equivocado; pero, entonces, el positivismo no permite tener una clara conciencia de la inmoralidad de los juicios inicuos y no confundir cuestiones morales difíciles). De ahí que para que tenga sentido la tesis de la separación es preciso admitir el cognitivismo. Pero esto no puede entrar de ningún modo en los planes de Hart, ya que le llevaría a aceptar uno de los principios básicos de la teoría del Derecho natural (p. 401).

Todo esto refleja la confusión presente en el pensamiento hartiano acerca del concepto de la moral, que se mueve en una tensión entre el relativismo y la necesidad de principios objetivos. Es conocida la distinción de Hart entre moralidad positiva, aquella que es aceptada por el grupo, y la moralidad crítica, representada por aquellos principios morales generales usados para criticar la moralidad positiva. Precisamente, para dar fuerza a su crítica de la moralidad social vigente, y del Derecho, necesita unos principios no variables



y en cierto modo objetivos. Sin embargo, pese a esto, sigue defendiendo la amplitud del concepto de moral con el fin de incluir toda regla o criterio visto como regla moral por cualquier sociedad o individuo que se rija por él. Como señala Orrego, esta caracterización servía muy bien para separar el Derecho de la moral, pues ambos serán conjuntos de reglas sociales, pero con diversas características formales y diversa fuente positiva (p. 409).

El problema de esto último radica en que definir la moral en términos de aquello que es aceptado o funciona como tal, cualquiera sea su verdadero carácter ético, supone adoptar una posición sobre el estatuto de los imperativos morales. La moral sería algo socialmente variable: no habría principios morales objetivos y absolutos (pp. 412-415).

Como concluye Orrego, la filosofía moral de Hart adolece de ambigüedades y contradicciones derivadas de defender el valor de la crítica moral, que quiere ver reflejada en la reforma legislativa, y al mismo tiempo negar la objetividad de la ética, por parecerle que dicha objetividad está vinculada a las ideas antiguas de la "ley natural" y la existencia de Dios (p. 415).

Por ello Orrego, para dar una explicación a la defensa de Hart del positivismo jurídico, cree conveniente, como conclusión final del libro, desarrollar un punto que, como él mismo reconoce, pese a ser el más controvertido y más débil de su argumentación, es quizá el que da con la clave para comprenderla. A su juicio, Hart defiende tan apasionadamente el positivismo porque formaba parte de la tradición utilitarista que justificaba sus otras convicciones morales y era el adversario tradicional de la teoría de la ley natural (pp. 401-402 y 425). Por ello, su defensa se basa en una necesidad moral, no sólo de una moralidad crítica, sino sobre todo como parte de una tradición moral que justifica el resto de sus convicciones vitales —sobre todo, en materia de moral sexual y religión. Por ello, de Hart puede decirse con toda firmeza que fue, fundamentalmente, el "abogado" de una posición ética (p. 432).

Después de todo este recorrido cabe preguntarse qué es lo que queda del positivismo jurídico y, sobre todo, en qué debe fijarse la mirada para ver la continuidad entre el positivismo jurídico clásico (Bentham y Austin) y el contemporáneo (Hart).

La defensa que Hart hace del positivismo jurídico se basa en dos puntos: por un lado, su antiesencialismo, que le lleva a huir de toda posible definición y simplemente constatar los usos de la expresión a lo largo de su historia; por otro lado, intenta determinar qué usos enlazaban con la tradición y cuales no enlazaban. Con esto Hart lo que hace, como muestra Orrego, es definir sin decir que está definiendo, ya que, a la vez que presenta usos "contradictorios" de la expresión, selecciona tres tesis comunes, como conectadas entre sí e

independientes de las demás, acerca de la naturaleza del positivismo jurídico a las que adscribe una importancia central, a saber, la separación conceptual entre el Derecho y la moral, el análisis conceptual no valorativo y la tesis de las fuentes sociales del Derecho (pp. 15, 20-25).

Hart toma dos tradiciones, el positivismo y el utilitarismo, y las compara entre sí, aceptando las tesis que ambas tradiciones mantienen en común y desembarazándose de las que no coinciden (la tesis imperativista y la de la obediencia –por parte del utilitarismo– y la tesis de la interpretación mecánica y del no cognitivismo –por parte del positivismo–). De este modo, Hart diseña una nueva esencia del positivismo, de modo que la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral quede en un lugar central dentro de toda su argumentación (pp. 25-32).

Pero, ¿qué sentido tiene ahora dicha separación? Para Bentham la separación se apoya en una perspectiva ético-política: la necesidad de reglas determinables públicamente. De esta forma, el utilitarismo, a juicio de Bentham, se constituye en la única filosofía capaz de dar solución al problema de la obediencia en términos públicos. El análisis jurídico defendido por Bentham es fundamentalmente normativo, ya que el expositor establece aquellos derechos y deberes que los ciudadanos deben introducir en su cálculo de utilidad a la hora de establecer si deben o no obedecer.

Frente a la posición benthamiana, el positivismo hartiano vacía de contenido la tradición a la que pertenece y simplemente mantiene como base de su pensamiento que el Derecho y la moral no tienen por qué coincidir (señalando como fundamento de su razonamiento la existencia de Derecho injusto y que el Derecho, en muchos casos, es indiferente respecto de la moral). Esta huida, como ha señalado Serna en el prólogo al libro, se debe a la crisis en la que se encuentra inmerso el positivismo jurídico a finales del siglo XX. No es de extrañar, por ello, que otro de los representantes más importantes del positivismo jurídico de fin de siglo como es Norberto Bobbio, a la hora de señalar las características del positivismo jurídico en su triple dimensión (como aproximación epistemológica al estudio del Derecho, como teoría del Derecho y como ideología) se desprenda de todas aquellas tesis (obediencia, aplicación mecánica de las normas, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico) que le resultan más comprometidas a la hora de defender el positivismo.

Sin embargo, pese a este nuevo rediseño del positivismo jurídico, parece que puede encontrarse un punto de continuidad entre ambas posturas, a saber, que tanto el positivismo clásico como el contemporáneo, defienden sus posiciones desde un punto de vista moral. En el caso de Hart, como muestra Orrego en este libro, esta defensa no es reconocida, sin embargo es el único

modo de entender su negativa a adoptar un punto de vista realista en su acercamiento al concepto de Derecho. En Bentham, la defensa de la teoría imperativista y de la separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser tienen el mismo fundamento: posibilitar una obediencia más racional, es decir, establecer un punto de vista ético para resolver el problema de la obediencia (un análisis más amplio de la posición benthamiana puede encontrarse en mi trabajo, “La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham”, en este mismo volumen).

Además, tanto en Hart como en Bentham, la separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser presenta dificultades insalvables de una índole muy similar. En el caso de Hart, como ha puesto de relieve Orrego, si esta separación va acompañada de un no-cognitivismo, su positivismo se vuelve contra lo que él pretendía defender (la mayor capacidad del positivismo para resistir el Derecho inícuo); la separación unida a un cognitivismo ético nunca hubiera sido del agrado de Hart, quien veía esta posibilidad como un afirmación de los postulados de las teorías del Derecho natural. En Bentham, pese a mantener un cognitivismo ético, éste se resuelve en un mero cálculo casi matemático, dejando el problema de la obediencia al margen de la conciencia: la razón para obedecer las reglas necesarias para la vida social es el dolor que resulta de la desobediencia. Curiosamente, al intentar desentenderse de la conciencia para salvar el *status* de la moral, lo que consigue realmente es dejarla sin fundamento posible, de modo que el problema de la obediencia deja de ser un problema moral. De esta forma, tanto Hart como Bentham pese a señalar uno de los verdaderos problemas del positivismo, la razón de la obediencia, ambos lo dejan sin resolver.

A modo de conclusión, puede afirmarse que estamos ante un trabajo que sabe calar en un pensamiento complejo y de difícil interpretación, debido a las contradicciones y aspectos no desarrollados, como es el de Hart. La profundidad y seriedad de los planteamientos del autor, que le llevan a conclusiones a veces inesperadas, no son fáciles de encontrar en la Filosofía del Derecho actual. Por ello, su lectura no sólo iluminará el pensamiento hartiano desde una visión crítica sino que someterá a un riguroso examen a todos aquellos que abran estas páginas.

*Luis M. Cruz*